

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/37248>

Please be advised that this information was generated on 2017-12-06 and may be subject to change.

Boom Juridische uitgevers
Postbus 85576
2508 CG Den Haag
T (070) 330 70 33
F (070) 330 70 30
E info@bju.nl
I www.bju.nl

EstateTip

Afl. 2005-09

2 maart 2005

De notariële postduif als betrouwbare executeur Kennisgevingsverplichting uiterste wil geprivatiseerd

Iedereen hoort wel eens een enkel geluid, zij het niet vaak, waarin weemoed doorklinkt naar de oude erfrechtelijke tijden. De tijden waarin voor de notaris zowel op grond van artikel 39 van de oude Wet op het Notarisambt alsmede op grond van artikel 4:990 van het oude Burgerlijk Wetboek in de navolgende gevallen een *kennisgevingsverplichting* bestond:

‘De notarissen zijn gehouden om in geval van overlijden of afwezigverklaring van de testateur, binnen veertig dagen, nadat zij daarvan kennis dragen, de belanghebbenden te bevestigen, dat de uiterste wilsbeschikkingen van den overledene of afwezige onder hunnen minuten berusten. [...]’,

aldus het betreffende artikel 39 NW. En in artikel 4:990 oud BW:

‘De notaris, die onder zijne minuten eenen uitersten wil, van welken aard ook, heeft, moet daarvan na den dood van den erflater, aan de belanghebbende personen kennis geven.’

De erfrechtelijke bal werd overigens vaak aan het rollen gebracht door het bepaalde in artikel 4 van de *Registratiewet*:

‘Uiterste willen [...] moeten door de notaris onder wie zij berusten, ter registratie worden aangeboden binnen een maand na de dag waarop het overlijden [...] te zijner kennis is gekomen, [...]’.

De notaris werd in de regel door zijn ‘Inspectie’ ingeseind dat het weer zover was, ware het dat dit samenspel de laatste jaren (door automatiseringsproblemen bij het CTR) niet meer zo heel goed liep.

De eerste twee verplichtingen bestaan zoals bekend echter niet meer. De Lange ziet dit in WPNR 6453 (2001) als een probleem voor het notariaat en concludeert:

‘Het notariaat zou in zijn hemd staan als het twijfelt aan de plicht van de notaris om actief de belanghebbenden in te lichten over de inhoud van het testament. De testateur moet er op kunnen vertrouwen dat de notaris die ambtsplicht niet verwaarloost, ook als de wetgever artikel 4:990 BW uit de wet schrapt.’

Heeft de wetgever het notariaat inderdaad in zijn hemd gezet bij het schrappen van het betreffende artikel? Helemaal niet. De minister heeft het als volgt toegelicht, memorie van antwoord, Kamerstukken I 2001/02, nr. 111a, p. 3:

‘De notaris die een uiterste wil opmaakt, zal met de erflater bespreken op welke wijze na het overlijden uitvoering zal worden gegeven aan de uiterste wil. Daarbij zal hij de erflater bijvoorbeeld in overweging kunnen geven een *betrouwbare* executeur te benoemen.’ [cursivering van ons, SBS]

Een visie die wij van harte onderschrijven. Wat zal veelal het resultaat zijn van het oppakken van de tip van de minister? Erflater zal zijn notaris aankijken en terecht constateren dat de *meest betrouwbare* executeur tegenover hem gezeten is. Hetgeen vooral zal spelen bij bewerkelijke testamenten zoals ‘*goede-doe*testamenten’ of testamenten waarin vele legaten zijn opgenomen. Denk hierbij in het bijzonder aan de ‘alleenstaande’ met ‘weinig’ familie. De notaris zal erflater in voorkomende gevallen de indringende vraag stellen wie ervoor zal zorgdragen dat ‘het geld’ wel op de juiste plaats terechtkomt. Dit is immers in eerste instantie niet het probleem van erfgenamen en legatarissen, doch in wezen het probleem van de *testateur*. Niet zelden zal de passerend notaris dan ook van de testateur te horen krijgen: ‘U.’

Van groot belang is te constateren dat het optreden van de notaris als *kennisgever* aan de belanghebbenden iets anders is dan het zijn van *beheersexecuteur*** die de nalatenschap afwikkelt. Het een sluit het ander niet uit, maar in deze *EstateTip* willen wij aandacht vragen voor de wijze waarop artikel 4:990 oud BW in het nieuwe erfrecht gestalte heeft gekregen. Dit artikel is via de *notariële* postduif-executeur als het ware geprivatiseerd. Men zou de betreffende vervallen wettelijke regel in de uiterste wil eenvoudig op maat kunnen snijden en in een concreet geval desgewenst weer kunnen invoeren. De ingrediënten hiervoor zijn in Boek 4 BW zonder meer aanwezig.

Hoe kunnen wij dan van Boek 4 BW gebruikmaken en de in het thans vervallen artikel 4:990 BW opgenomen *notariële verplichting* in de afwikkelingspraktijk terug laten keren?

Dit is mogelijk door twee rechtsfiguren aan elkaar te smeden:

1. Erflater kan op grond van artikel 4:130 lid 1 BW een *verplichting* opleggen aan *erfgenamen* en *legatarissen*, zij het dat deze verplichting in het gesloten stelsel van uiterste wilsbeschikkingen *testamentaire last* genoemd wordt.

2. Deze testamentaire verplichting dient evenwel te komen rusten op een *onafhankelijke derde*, oftewel op iemand die *niets* uit de nalatenschap verkrijgt. Ook hierin wordt door de wet voorzien en wel door in lid 2 van artikel 4:130 BW uitdrukkelijk te bepalen:

‘Een testamentaire last kan ook opgelegd worden aan een executeur.’

Voor *executeur* lezen wij in deze – indachtig de woorden van de minister – de *notariële* postduif oftewel de passerend *notaris*, welke benoeming overigens geen verboden begunstiging oplevert, aldus artikel 20 van de Wet op het notarisambt.

Door de notariële postduif het levenslicht te laten zien is nog *niets* gezegd over de vraag wie het *beheer* van de nalatenschap zou moeten hebben, aangezien men een executeur, zoals bijvoorbeeld ook bij een ‘*begrafenisexecuteur*’ gebeurt, desgewenst het beheer van de nalatenschap in de zin van artikel 4:144 BW kan *onthemen*. Anders gezegd: de notariële postduifexecuteur is *niet* noodzakelijk tevens *beheersexecuteur*.

Ook De Lange stipt in zijn bijdrage de mogelijkheid van benoeming van een *onafhankelijke* executeur aan om de problemen die ontstaan door het vervallen van artikel 4:990 BW te voorkomen. Wij gaan een stap verder en lezen voor ‘onafhankelijke’ ‘*notariële*’ en constateren dat hiermee *de facto* artikel 4:990 BW *niet* vervallen is.

Men zou derhalve in de uiterste wil de geschrapte bepaling artikel 4:990 BW op kunnen nemen, en deze als volgt ‘op maat kunnen snijden’:

‘De notaris die de onderhavige uiterste wil in zijn protocol heeft (en/of de notaris die een verklaring van erfrecht/en of executele op grond van de onderhavige uiterste wil afgeeft), moet daarvan nadat het openvallen van mijn nalatenschap te zijner kennis is gekomen, aan de erfgenamen en legatarissen kennisgeven. Deze testamentaire verplichting brengt *wel/niet* de bevoegdheid met zich om als *executeur* mijn nalatenschap in *beheer* te nemen.’

Wat als de notaris de legatarissen (of erfgenamen) niet kan vinden?

Men zou in de notariële postduifclausule kunnen verwijzen naar de slotzin van artikel 4:119 BW:

‘Is het adres van een legataris [of erfgenaam, SBS] hun onbekend gebleven, dan delen zij [lees: de notaris, SBS] dit mede aan de kantonrechter, die hun het doen van nasporingen of een bepaalde wijze van oproeping kan gelasten.’

Ten overvloede merken wij op dat op grond van de eerste zin van artikel 4:119 BW degenen op wie een legaat rust, alsmede de executeur, reeds sowieso verplicht zijn zorg te dragen dat de legataris zo spoedig mogelijk van het legaat kennis wordt gegeven. Ook hiermee zou men nog een stap verder kunnen gaan en deze wettekst in de uiterste wil kunnen transformeren in een *testamentaire last*. Zoals bekend, staat op het niet nakomen van een testamentaire last de zeer zware sanctie van het eventueel door de rechter *vervallenverklaren* van de betreffende erfstelling.

Tot slot nog de vraag wie gaat ‘dit allemaal’ betalen?

Ook hierover heeft de minister in de hierboven vermelde memorie van antwoord, p. 4, nagedacht:

‘Maar ook in andere gevallen zal de bewarende notaris veelal niet beschikken over de nodige gegevens om belanghebbenden in kennis te stellen, terwijl van hem redelijkerwijs *niet* gevergd kan worden dat hij ter verkrijging daarvan naspeuringen gaat verrichten. Daarbij valt te bedenken dat de daarmee gemoeide werkzaamheden *buiten de opdracht* van de erflater liggen. De daaraan verbonden kosten zullen ook niet zonder meer beschouwd kunnen worden als schulden van de nalatenschap in de zin van art. 4:7 lid 1, zodat zij niet ten laste van de nalatenschap kunnen worden gebracht.’ [cursiveringen van ons, SBS]

Anders gezegd: indien erflater in zijn uiterste wil wel degelijk de opdracht geeft om de betreffende opsporingen te verrichten, is het ook niet onredelijk om in de ‘*notariële postduifclausule*’ te bepalen dat de hiermee gemoeid zijnde kosten ten laste van de nalatenschap komen. Voor de toegevoegde waarde van dit notariële product wordt eenvoudigweg betaald.

Wat de erfrechtelijke kennisgevingsverplichtingen van de notaris in het algemeen betreft, verwijzen wij naar *EstateTip* 2004-29.

Tot volgende week!



ScholsBurgerhartSchols



Boom Juridische uitgevers

www.scholsburgerhartschols.nl

www.bju.nl

© 2005 Boom Juridische uitgevers / ScholsBurgerhartSchols

Hoewel de uiterste zorg is besteed aan de inhoud van *EstateTip* aanvaarden de uitgever en de redactie geen aansprakelijkheid voor onvolledigheid of onjuistheid.